

**Publicado en:** AAVV (Coord. Maria Do Rosário Palma Ramalho y Teresa Coelho Moreira), *A igualdade nas relações de trabalho*, Estudos Apodit 5, Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, 2019, ISBN 978-972-629-289-0, pp. 197-219.

(Este es el formato del texto original como se remitió para la publicación)

## **LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

**Antonio Álvarez del Cuvillo**  
**Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**  
**Universidad de Cádiz\***

### **1. El concepto de discriminación**

Para desarrollar esta ponencia sobre la “igualdad y no discriminación” de los “trabajadores migrantes” hay que empezar por definir los términos incluidos en el título, puesto que su significado no está del todo claro y, en función de las opciones que tomemos, los contenidos a tratar pueden ser muy diversos.

Respecto al concepto de “discriminación” existen básicamente dos perspectivas en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en España como en el ámbito internacional y comparado.

Algunas opiniones entienden que la “discriminación” es lo mismo que la “desigualdad injustificada”, de manera que la prohibición de discriminación se reduce a delimitar en negativo lo que ya proclama el principio general de igualdad. Desde este punto de vista, cualquier tratamiento diferenciado que carezca de justificación objetiva y razonable es “discriminatorio”, de modo que las distintas “causas” o “motivos de discriminación” (sexo, raza, edad, discapacidad, orientación sexual...) son simplemente ejemplos de tratamientos desiguales no justificados o, si acaso, supuestos “sospechosos” en los que la motivación para la diferencia de trato se presume ilícita y el test de racionalidad se somete a un escrutinio más estricto.

En cambio, desde otro punto de vista, la “discriminación” es un supuesto cualificado y específico de desigualdad, que, aunque ciertamente se relaciona con el principio de igualdad, goza de una cierta autonomía respecto a este, puesto que se dirige específicamente a la interdicción de determinadas desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales que lesionan la dignidad humana. A esta postura nos adscribimos, porque entendemos que es la más adecuada para garantizar la finalidad que asume –y que ha asumido históricamente– la normativa antidiscriminatoria, tanto en el ámbito

---

\* Además de licenciado y doctor en Derecho, el autor es licenciado en Antropología Social y Cultural.

internacional como en el derecho interno<sup>1</sup>. Por otra parte, esta es la perspectiva adoptada adoptada por la doctrina del Tribunal Constitucional español, de manera reiterada<sup>2</sup>.

En el ordenamiento de la Unión Europea, la respuesta no es tan clara. Por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante CDFUE- distingue muy claramente entre el principio de igualdad (art. 20) y la prohibición de discriminación (art. 21.1), pero, por otra parte, en muchos casos, tanto el derecho derivado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en adelante TJUE), implican una mayor difuminación de estos conceptos. De hecho, paradójicamente, en los textos de Derecho derivado, el “principio de igualdad de trato” se identifica expresamente con la “ausencia de discriminación”, mientras que a la desigualdad no estrictamente discriminatoria –como la que tiene lugar entre trabajadores temporales e indefinidos- se la denomina “discriminación”, contribuyendo así a la confusión que ya existe entre estos dos conceptos.

Aunque en el ordenamiento jurídico español, en principio, la distinción entre la desigualdad y la discriminación está aparentemente muy asentada, todavía muchos discursos doctrinales y jurisprudenciales ignoran esta diferencia o bien la admiten en línea de principio, pero sin llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español, las causas de discriminación no están tasadas. La protección antidiscriminatoria no se limita a un número limitado de categorías previstas por el constituyente o por el legislador, dado que el art. 14 CE prohíbe la discriminación “por cualquier otra circunstancia personal o social”. Este rasgo de nuestro sistema entra en tensión con la idea de que la prohibición de discriminación es relativamente autónoma respecto del principio de igualdad, porque en este contexto se hace necesario formular una definición “analítica” de discriminación que explique en qué se distingue la discriminación de cualquier otro tipo de desigualdad irrazonable y que sea aplicable a cualquier causa imaginable.

Aunque en el art. 21 de la CDFUE se establece una cláusula abierta, el derecho derivado de la Unión Europea se refiere solo en sus definiciones de discriminación a determinadas causas específicamente mencionadas en estas normas. Así pues, en las Directivas antidiscriminatorias, no se explica realmente lo que es la discriminación, sino que este término se define como una diferencia de trato fundada en determinadas causas tasadas (art. 2 Directiva 2000/78/CE, Directiva 2000/43/CE y Directiva 2006/54/CE). El problema es que la normativa española, al transponer el derecho eurounitario, reproduce mecánicamente esta definición ligada a las causas [Cfr. art. 6 LO 3/2007, art. 28 Ley 62/2003, RDL 1/2013], sin establecer una definición de discriminación que opere con carácter general para cualquier causa que pueda concebirse.

En este contexto, nosotros vamos a partir de un concepto de carácter doctrinal, según el cual la discriminación es la diferencia de trato jurídicamente relevante que puede atribuirse a la adscripción (directa o indirecta, manifiesta u oculta) de las personas a

---

<sup>1</sup> En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 38 y p. 81-84.

<sup>2</sup> SSTC 128/1987, 145/1991, 229/1992, 153/1994, 173/1994, 39/2002, 17/1003, 27/2004, 161/2004, 182/2005, 41/2006, 154/2006, 36/2011.

determinadas categorías o grupos sociales y que sitúa a las personas incluidas en estas categorías en una posición real o potencial de desigualdad sistemática<sup>3</sup>.

## **2. El concepto de “trabajador migrante”**

Una vez definido el término “discriminación”, resulta necesario aclarar qué entendemos por “trabajador migrante”, en tanto que el ordenamiento interno español no define este término.

En este sentido, parece oportuno tomar como punto de partida las definiciones establecidas en los convenios 97 y 143 OIT (art. 11 de ambos instrumentos)<sup>4</sup>. De acuerdo con estas definiciones, los trabajadores migrantes son aquellas personas que se desplazan de un país a otro para ocupar un empleo por cuenta ajena; por otra parte, esta definición excluye expresamente a determinados grupos de trabajadores, debido a que no tienen una vocación de permanencia en el país en el que se desplazan: gente del mar, trabajadores fronterizos y artistas o profesionales liberales que se desplacen coyunturalmente a un país determinado.

Así pues, cuando hablamos de “trabajadores migrantes” no nos referimos al concepto más restringido utilizado en el ámbito eurounitario y que se refiere únicamente a los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los países asociados en la configuración de un espacio de libre circulación de trabajadores. Como veremos más adelante, aunque en estos casos se habla de “discriminación”, en realidad no se está utilizando el término en sentido propio.

En otro orden de cosas, nos referimos en todo caso a “migraciones internacionales” y no a las “migraciones internas” que se producen dentro de los límites geográficos de un mismo Estado y que en la actualidad no resultan particularmente problemáticas desde un punto de vista jurídico en el contexto español.

Los convenios OIT nos proporcionan una definición de “trabajador migrante” que se ajusta al contenido de la regulación de estas normas, pero en este caso parece oportuno introducir algunas modificaciones en este concepto con objeto de construir una noción de trabajador migrante que resulte operativa para los propósitos de esta ponencia.

En este sentido, nos vamos a ocupar de los “migrantes” únicamente desde la perspectiva de la sociedad receptora, puesto que es en este espacio en el que resulta importante la consideración de la discriminación. En efecto, por diversos motivos resulta más interesante reflexionar sobre la discriminación de los “inmigrantes” en España que detenerse en el análisis de las hipotéticas discriminaciones que pudieran sufrir los “españoles emigrantes” en comparación con los españoles que permanecen en el territorio. En particular, las diferencias de trato que puedan afectar a estos dos últimos grupos generalmente pueden remitirse a la aplicación del principio genérico de igualdad, sin necesidad de recurrir al aparato teórico de la prohibición de discriminación.

---

<sup>3</sup> Desarrollamos este concepto en Álvarez Alonso, D., y Álvarez del Cuvillo, A. “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, *per totum*.

<sup>4</sup> Ambos convenios han sido ratificados por Portugal. España solamente ha ratificado el Convenio 97. En cualquier caso, las dos definiciones de “trabajador migrante” son sustancialmente idénticas.

Por otra parte, aunque es lógico que la definición de “trabajador migrante” de la OIT a efectos del contenido de los convenios se base estrictamente en la relación de trabajo asalariado, desde la perspectiva de esta ponencia es preciso adoptar un planteamiento más amplio que permita abarcar a personas que, sin ser trabajadores por cuenta ajena, puedan llegar a ser en el futuro demandantes de empleo o solicitantes de prestaciones sociales. Así pues, habríamos de incluir en nuestra reflexión tanto a los trabajadores autónomos como a los familiares de trabajadores asalariados o autónomos que se instalan en el territorio del Estado a partir de procesos de reagrupación familiar. La clave es, por tanto, la incorporación -regular o irregular- al territorio de un Estado con cierta vocación de permanencia o continuidad.

En cambio, nos ocuparemos solamente de la “inmigración económica”, de modo que habremos de excluir, en principio, a los “refugiados” en sentido estricto -es decir, a los beneficiarios de asilo o protección subsidiaria-, que salen de su país para huir de una situación de riesgo para su integridad física o su libertad. Ciertamente, en la práctica, las fronteras entre “refugiados” e “inmigrantes” son difusas, debido a que, de un lado, en la inmigración de carácter económico existe un cierto “factor de expulsión” -a veces insoslayable- que empuja a los trabajadores a migrar para garantizar sus necesidades y, de otro lado, normalmente los beneficiarios de asilo y protección subsidiaria tienen la intención de incorporarse al mercado de trabajo y, en muchos casos, lo hacen con cierta vocación de permanencia. En realidad, las reflexiones generales que siguen resultan también de aplicación a los “refugiados”, de modo que su “exclusión” del contenido de esta ponencia implica sencillamente, que no vamos a tomar en consideración las particularidades del régimen jurídico aplicable a los “refugiados”.

Por último, es preciso recordar que la “inmigración” no coincide estrictamente con la “extranjería”, aunque está muy relacionada con ella. En efecto, puede haber “extranjeros” que no consideremos “inmigrantes”, debido a que su presencia en el territorio no tenga vocación de permanencia (así sucede, por ejemplo, con los “turistas”), pero también puede haber “inmigrantes” que hayan obtenido la nacionalidad del país de acogida, por ejemplo, por haber residido de manera legal en el territorio del país de manera continuada durante un determinado período y que, por tanto, no sean “extranjeros”. No podemos considerar, en cambio, “migrantes” a los llamados “inmigrantes de segunda (o tercera) generación”. Estas personas no se han desplazado al país donde residen, de modo que no pueden, en realidad, calificarse con propiedad como “migrantes”. No obstante, en ocasiones son socialmente percibidos como tales -como la propia denominación indica-, lo que puede llevar a que sufran discriminación como consecuencia de esta clasificación. Por eso, algunos aspectos de las reflexiones que siguen también les pueden resultar de aplicación.

### **3. Migración y titularidad de los derechos a la igualdad y a la no discriminación**

Una vez delimitados los conceptos básicos de “discriminación” y de “trabajadores migrantes”, es preciso plantearse en qué medida la prohibición de discriminación proclamada en el art. 14 CE se aplica a estos trabajadores. La titularidad de este derecho en el ordenamiento jurídico español no resulta en absoluto dudosa respecto de los trabajadores migrantes de origen extranjero que hayan adquirido la nacionalidad

española. Sin embargo, la cuestión puede resultar más discutible en lo que refiere a los inmigrantes “extranjeros”, por cuanto el art. 14 CE establece literalmente “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...”

Ciertamente, algunos preceptos de la Constitución en los que se establecen “derechos” se refieren específicamente a los “españoles” o a los “ciudadanos”, mientras que en la mayor parte de los derechos constitucionales se utilizan expresiones impersonales –que omiten toda referencia a los titulares–, expresiones omnicomprendivas (como “todos”) o referencias a categorías de personas sin alusión a la nacionalidad (como “trabajadores”). Algunos autores han otorgado relevancia hermenéutica a estas diferencias en la redacción de los preceptos, aunque en ningún caso les atribuyen un valor absoluto<sup>5</sup>.

En el caso concreto del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, la mención a los “españoles” en el art. 14 CE no afecta realmente a la titularidad de los derechos, sino que probablemente se trata, como argumentaremos a continuación, de un simple “marcador simbólico” que recuerda al intérprete que es posible establecer diferencias de trato por razón de nacionalidad –lo cual hubiera sido posible aunque no se hubiera incorporado este marcador–, y que afecta solamente al principio de igualdad, pero no a la prohibición de discriminación. En el discurso jurídico relativo a la extranjería se ha producido en ocasiones una confusión teórica entre la titularidad de los derechos y la posibilidad de establecer limitaciones a su ejercicio<sup>6</sup> y, por este motivo, la posibilidad de establecer un trato diferenciado se relacionado erróneamente con la ausencia de un derecho a la igualdad. Sin embargo, precisamente la titularidad de un derecho constituye un presupuesto necesario para que puedan plantearse limitaciones a su ejercicio. Así, por ejemplo, ciertamente puede haber límites legales al ejercicio de la libertad sindical, pero estos límites solo pueden aplicarse a sujetos a los que previamente se les ha reconocido este derecho.

Las democracias liberales surgidas de las revoluciones burguesas y de la generalización de la economía de mercado se han construido desde sus inicios a partir de la consideración básica de que todas las personas nacen libres e iguales, declaración que se recoge ya en los textos fundacionales del nuevo orden democrático y en las primeras proclamaciones de derechos<sup>7</sup>. Siguiendo esta pauta, en la actualidad, la igualdad se reconoce de manera universal –sin restricciones de nacionalidad– en todos los instrumentos internacionales en los que se menciona<sup>8</sup>. En la Constitución Española, no solamente se menciona la igualdad

---

<sup>5</sup> Gavidia Sánchez, J.V., “Los derechos (civiles) de los extranjeros: el art. 27 del Código Civil y el bloque de constitucionalidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 26, 2012, pp. 98 y ss. Al menos en el caso del art. 18.4 CE, resulta evidente que carece de sentido que la mención de los “ciudadanos” implique una exclusión de los extranjeros, dado que se trata de una garantía dirigida a la protección de los derechos reconocidos indistintamente a españoles y extranjeros en el art. 18.1. Así, la STC 155/2015 reconoce que el derecho a la protección de datos se aplica a todas las personas.

<sup>6</sup> Esta confusión posiblemente tiene su origen en la llamada “teoría tripartita” enunciada por el Tribunal Constitucional, que es una construcción dogmática defectuosa, inoperante y que en realidad no se ha utilizado en la práctica. No podemos detenernos aquí en la crítica a la teoría tripartita, que hemos desarrollado extensamente en Álvarez del Cuvillo, A., “Derechos constitucionales de los extranjeros en España: la necesidad de redefinir el marco teórico”, *Revista de Derecho Social*, nº 82, 2018, *per totum*.

<sup>7</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776; Art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Considerando del Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

en el art. 14, sino que también se establece como un valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE) que, además, los poderes públicos tienen la obligación de hacer real y efectiva (art. 9.2 CE).

El principio de igualdad no es otra cosa que la interdicción de la conducta arbitraria e irracional de los poderes públicos (*Cfr.* art. 9.3 CE), puesto que implica que las diferencias de trato llevadas a cabo por estos deben basarse en la concurrencia de razones objetivas y no en un acto de voluntad caprichosa. Si los extranjeros no fueran titulares del derecho a la igualdad ante la ley (o en el contenido de la ley), entonces los poderes públicos estarían legitimados para tratarlos de manera irracional, arbitraria, incoherente, inconsistente o caprichosa, sin necesidad de justificar o de motivar sus decisiones. Es evidente que este resultado sería contrario al orden democrático instaurado en la Constitución (arts. 1, 9.2, 9.3, 10.1 CE). En definitiva, dado que el principio de igualdad es un fundamento básico del orden democrático, no es posible limitar su extensión a determinados grupos de personas. Cuestión distinta es que, como ya hemos adelantado y desarrollaremos más adelante, la extranjería pueda ser una situación objetiva, jurídicamente relevante que permita justificar diferencias de trato en la configuración y en la aplicación de las normas.

Por otra parte, como ya se ha dicho, la prohibición de discriminación goza de una relativa autonomía respecto del principio general de igualdad. Una de las diferencias es que la prohibición de discriminación es una “regla taxativa”, mientras que el principio de igualdad es un “principio de optimización”<sup>9</sup>. Las “reglas taxativas” constituyen mandatos o prohibiciones que no admiten gradaciones en su cumplimiento —o se cumplen o no se cumplen—, así sucede, por ejemplo, con la prohibición de torturas o de tratos inhumanos o degradantes, que, de acuerdo con lo previsto en el art. 15 CE, no pueden producirse “en ningún caso”, por lo que no cabe plantear modulaciones, restricciones o justificaciones de la tortura. En cambio, los “principios de optimización” expresan bienes jurídicos que admiten gradación y que deben garantizarse hasta el máximo grado posible, dentro de las posibilidades de lo real y de la ponderación con otros bienes jurídicos; así, por ejemplo, el derecho a la intimidad o el derecho al honor implican valores que deben garantizarse al máximo posible, pero que tienen forzosamente que conciliarse con la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos.

El principio de igualdad es un mandato genérico que implica un valor general que debe protegerse al máximo nivel que sea posible, pero que puede y debe conciliarse con las circunstancias concurrentes en cada caso y con la garantía de otros bienes jurídicos. En cambio, la “discriminación” en los términos en los que se han definido anteriormente “no debe prevalecer” en ningún caso y bajo ninguna justificación, como se desprende de la redacción del precepto tanto en la Constitución como en otros instrumentos internacionales<sup>10</sup>. Ciertamente, los sujetos a los que se les imputan conductas

---

<sup>9</sup> Seguimos en este punto la distinción de Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés, trad.) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (obra original publicada en 1986), pp. 881 y ss.

<sup>10</sup> “[...] sin que pueda prevalecer discriminación alguna [...]” (art. 14 CE); “[...] sin distinción alguna [...]” (art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; “[...] sin discriminación alguna [...]” (art. 2 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y art. 1.1 del Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos); “[...] nadie podrá ser discriminado [...]” (art. 1.2 del Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos); “El goce de los derechos sociales debe ser garantizado sin

supuestamente discriminatorias pueden defenderse de estas imputaciones, pero en estos casos la defensa no se orienta en realidad a “justificar la discriminación” –aunque algunas veces se utiliza impropriamente este vocabulario-, sino a excluir el carácter discriminatorio de una determinada diferencia de trato.

Dado que la prohibición de “discriminación” es absoluta, no puede permitirse ningún tipo de matización, de ponderación o de limitación a la aplicación de esta regla. Por ello, es evidente que todas las personas, con independencia de su nacionalidad y de su situación jurídica (regular o irregular), tienen derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad, orientación sexual, o por cualquier otra circunstancia personal o social. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha reconocido expresamente este derecho a todos los extranjeros (STC 137/2000, F1), por considerarlo imprescindible para la garantía de la dignidad humana. Por consiguiente, el problema no consiste en determinar si los extranjeros tienen derecho a no ser discriminados, sino más bien en precisar en qué medida las diferencias de trato por razón de nacionalidad, extranjería o por la condición de migrante constituyen discriminaciones prohibidas. De ello nos ocuparemos en los siguientes epígrafes.

#### **4. Las categorías de discriminación basadas en el origen racial o étnico y la condición de “inmigrante”**

El art. 1.1. de la Convención de la ONU para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial indica que la discriminación “racial” se refiere a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias basadas “en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico”.

No es posible considerar todas estas categorías como causas de discriminación diferenciadas, puesto que están relacionadas entre sí de manera muy evidente<sup>11</sup>. En la cultura popular de nuestro tiempo existe una tendencia a diferenciar la “raza” de la “etnia” considerando que la primera se refiere a la concurrencia de rasgos morfológicos genéticamente heredados, mientras que la segunda se construye en torno a factores culturales. Esta distinción popular no se sostiene desde un punto de vista científico, dado que parte de una comprensión errónea de cómo funciona realmente el fenómeno de la discriminación racial, llevando a conclusiones incorrectas. En realidad, todas estas circunstancias son “rasgos distintivos” que permiten adscribir a los individuos a diversas categorías relacionadas con el origen racial o étnico. Las “razas humanas” no existen como categorías estables y discretas, dotadas de un contenido necesario y derivado de

---

discriminación [...]” (Preámbulo de la Carta Social Europea); “[...] se prohíbe toda discriminación [...], art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>11</sup> En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., y Fernández López, M<sup>ª</sup>F., *Op. Cit.*, pp. 185-186 se refieren a la “raza” como una categoría amplia y elástica que abarca diversas configuraciones humanas históricamente diferenciadas, con independencia de que se basen en diferencias genéticas, elementos culturales o en el origen nacional. En cambio, el TEDH parece adoptar una postura rígida que no compartimos, considerando estas categorías como causas de discriminación autónomas que tienen que ser alegadas separadamente; en este sentido, STEDH *British Gurkha Welfare Society y Otros v. Reino Unido* de 15-9-2016 (Apdo. 58). Entendemos que esta rigidez no se compadece con el funcionamiento real de los mecanismos sociales por los que se articula la discriminación “racial y étnica” en la historia.

una realidad “objetiva” empíricamente mensurable<sup>12</sup>. Al contrario, son categorías cognitivas y sociales, construidas a través de procesos intersubjetivos de comunicación humana y cuyo contenido varía en cada contexto geográfico, histórico, social, cultural en incluso en función de las circunstancias concurrentes<sup>13</sup>.

En realidad, todas las causas de discriminación -y no solo las relativas al origen racial o étnico-, son categorías psicológicas y sociales que se construyen en torno a la apreciación de determinados “rasgos distintivos” que, en un contexto determinado, suponen la adscripción del sujeto a un grupo social determinado al que se atribuye un conjunto de estereotipos, prejuicios, roles y expectativas. Lo que provoca la discriminación no es el “rasgo distintivo” en sí mismo considerado, sino la categoría proyectada a partir de este rasgo, aunque este proceso a menudo no se percibe con claridad, debido a que a menudo se utilizan las mismas palabras para designar los rasgos y las categorías (como sucede, por ejemplo, con la “discapacidad”). Esto se pone de manifiesto con especial claridad en la distinción entre sexo y género. En realidad, la discriminación “por razón de sexo” no se refiere directamente a los rasgos biológicos distintivos que derivan del dimorfismo sexual en la especie humana, sino más bien al conjunto de estereotipos, roles y expectativas que se generan a partir de estos rasgos biológicos.

En términos psicológicos, en la discriminación directa se produce una “correlación ilusoria” entre el rasgo distintivo, la categoría social construida a partir de su concurrencia y los “rasgos atribuidos” que integran el contenido de la categoría<sup>14</sup>. Esta cuestión es relevante a efectos de la “justificación” de la diferencia de trato. Como ya se ha dicho, la “discriminación” no puede “justificarse” en ningún caso. En cambio, es posible argumentar que una diferencia de trato basada en una circunstancia “relacionada con la categoría” -es decir, una característica que en ocasiones se utiliza como “rasgo distintivo” para atribuir a la persona la pertenencia a un grupo social determinado-, en realidad no es discriminatoria porque la causa del tratamiento diferenciado no es la adscripción a la categoría (la “correlación ilusoria” entre un rasgo distintivo y un rasgo atribuido), sino estrictamente la característica en sí misma considerada, siempre que el impacto desfavorable pase el test de la discriminación indirecta. Este es el sentido del “requisito esencial y determinante” previsto en las Directivas comunitarias (por ejemplo, en el art. 5 de la Directiva 2000/43/CE).

Este proceso se entiende especialmente bien en el caso de la discapacidad: es posible excluir a un ciego de un puesto de socorrista porque, en términos objetivos y en el estado actual del progreso tecnológico, la posesión del sentido de la vista es imprescindible para

---

<sup>12</sup> Es por esto que el Considerando 6 de la Directiva 2000/43/CE que “La Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas”.

<sup>13</sup> Desarrollamos con más detalle todos estos argumentos en Álvarez del Cuvillo, A., “Géneros humanos y discriminación racial en el trabajo”, en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 87-112. También disponible en abierto en Internet en la siguiente dirección: <http://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/20721>

<sup>14</sup> Explicamos esto con más detalle y con las debidas referencias a publicaciones científicas en Álvarez Alonso D., y Álvarez del Cuvillo, A., “Nuevas reflexiones...” *Op. Cit.*, pp. 1020-2026.



desempeñar las tareas propias de esta profesión; aunque esto implica indirectamente un impacto desfavorable sobre las personas que tienen determinadas discapacidades, este impacto está justificado porque la exclusión obedece a un motivo objetivo y es razonable, proporcionada y necesaria. En cambio, si se asume que un ciego no puede ser profesor de Universidad, la causa de la diferencia de trato no es la circunstancia objetiva en sí misma considerada, sino una serie de estereotipos socialmente atribuidos a las personas adscritas a la categoría de los “ciegos”, construida conforme al dato objetivo de que estas personas carecen de visión.

Así pues, a partir de diversos “rasgos distintivos” -en función de las distintas circunstancias del contexto- las personas son adscritas a categorías “raciales y étnicas”, aplicándoseles el contenido de estereotipos, prejuicios, expectativas y roles socialmente atribuido a estas categorías, de modo que lo que desencadena la discriminación no es el rasgo en sí sino el contenido atribuido a la categoría. Por ejemplo, una persona puede ser calificada como “magrebí” / “árabe” / “moro/a” o una categoría similar a partir del color de su piel y otros rasgos morfológicos genéticamente heredados que se asocian a estas categorías imprecisas y elásticas; pero también puede ser que sus rasgos físicos no permitan automáticamente esta identificación con el grupo social, sino que esta termine deduciéndose de elementos de carácter cultural como el idioma hablado, el acento, la vestimenta, las costumbres, la propia auto-adscripción o, simplemente, el nombre con el que se identifica. En este contexto, el “color de la piel” no es realmente la causa de la discriminación, sino más bien uno de los elementos que en un momento dado permite construir la categoría que efectivamente desencadena el trato desfavorable.

En este contexto, podríamos decir que la condición de “inmigrante” es una categoría cognitiva y social basada en el “origen nacional” y, por tanto, una causa de discriminación prohibida y vinculada al origen racial o étnico. En efecto, las categorías relativas al “origen nacional” tienen un nivel de precisión variable, pudiendo ser más restrictivas o más amplias. Así, pueden aplicarse a la población procedente de un único Estado-nación (o incluso a una “minoría nacional” que afecta solo a una parte de la población del Estado), pero también a unidades más amplias (latinoamericanos, subsaharianos, magrebíes...) o incluso a todas las personas que se consideran ajenas al Estado nación de referencia (como sería el caso de los “inmigrantes”). El hecho de “desplazarse desde otro país de manera permanente” es el rasgo distintivo principal sobre el que se construye la categoría, pero, en realidad, no es este dato en sí mismo lo que provoca la diferencia de trato; de hecho, como ya se ha señalado, a veces las personas son percibidas como “inmigrantes de segunda o tercera generación” incluso aunque sean nativas en el país en el que se instalaron sus padres o abuelos.

Más dificultades plantea la consideración de si la categoría de “extranjero” o la posesión de una determinada nacionalidad constituyen también causas de discriminación que permiten excluir el tratamiento diferenciado. De ello nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

## **5. Sobre la llamada “discriminación por nacionalidad”**

### 5.1. Una confusión terminológica que precisa una aclaración

Algunos autores se han planteado si la “nacionalidad” podría constituir una causa de discriminación prohibida incluida en la cláusula abierta del art. 14 CE o del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>15</sup>. En principio, esta propuesta genera contradicciones con el concepto de discriminación que hemos defendido anteriormente y con su carácter de regla taxativa que, en sentido estricto, no admite excepciones o justificaciones. En efecto, las necesidades estructurales del mundo actual -dividido en estados nación que sostienen ordenamientos jurídicos formalmente separados entre sí- parecen implicar necesariamente que la nacionalidad despliegue determinados efectos e incluso que implique una diversificación de estatus jurídicos entre distintas personas, lo que choca frontalmente con el carácter absoluto con el que se proclama la prohibición de discriminación. Esta necesidad estructural tiene concreción jurídica, no solo en el ordenamiento interno español y en el de los demás Estados -que invariablemente atribuyen efectos jurídicos a la nacionalidad y a la ciudadanía-, sino también en normas de carácter internacional, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 1.2 y 1.3), o en normas del acervo eurounitario, como la Directiva 2000/43/CE (Considerando 13 y art. 3.2)

En este contexto, quienes defienden la virtualidad de la nacionalidad como causa de discriminación prohibida terminan configurándola como una causa de discriminación “de segundo orden” que en algunos supuestos admite justificación y en otros no. En este sentido, existe un amplio consenso respecto a la consideración de que la discriminación por motivos raciales no admite justificación en ningún caso, mientras que, por el contrario, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia considera razonable el establecimiento de determinadas diferencias de trato por razón de nacionalidad. El problema es que, normalmente no se hacen explícitos los parámetros que nos permitirían determinar la licitud o ilicitud de una distinción dada. Un examen más detenido nos revela que existe una diferencia sustancial en los requerimientos de la justificación de la diferencia de trato cuando se invoca la discriminación por razón de raza y los que se exigen cuando aparece la nacionalidad como circunstancia inicialmente “sospechosa”. En el caso de la “raza”, la justificación de la diferencia de trato implica necesariamente la disociación de la conducta respecto de la causa alegada; así pues, es preciso argumentar que la desigualdad no se puede atribuir a la adscripción racial, sino que deriva de otra circunstancia totalmente ajena a los procesos de categorización social. En cambio, en los casos en los que se invoca la “nacionalidad”, la justificación de la conducta debe sustentarse sobre la afirmación de que la diferencia de trato está basada exclusivamente en el dato jurídico de la nacionalidad y no en motivos arbitrarios, ajenos al contenido normal de esta categoría. Así pues, en un caso la justificación implica un alejamiento de la categoría, mientras que en el otro requiere acercarse a su contenido con precisión.

Esto es sucede porque la nacionalidad, en sí misma considerada, no es una “categoría social” (como la raza, el sexo/género, la discapacidad o la orientación sexual), sino más

---

<sup>15</sup> Vid. Díaz Crego, M., “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 30, nº 89, 2010; Camas Roda, F. Y López Roca, C., “La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional”, en AAVV (Coord. María Amparo Ballester Pastor), “La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 26-269

bien una categoría jurídica, concebida precisamente para la diferencia de trato, de modo que las distinciones habrían de remitirse a la aplicación del principio general de igualdad, que permite el tratamiento desigual de situaciones que no son iguales. Si definimos la nacionalidad como el vínculo jurídico entre un ciudadano y un estado, entonces hemos de admitir necesariamente que esta relación jurídica pueda desplegar legítimamente determinados efectos jurídicos. Desde esta perspectiva podría defenderse que la referencia a la “discriminación por razón de nacionalidad” es una idea tan absurda como la consideración que los derechos y obligaciones inherentes a cualquier otra condición jurídica (como la de comprador, arrendatario, tutor, curador, parte en el proceso judicial, etc.) implican una discriminación o privilegio para las personas que la ostentan. Por supuesto, el caso de la nacionalidad implica dificultades adicionales, pero es necesario que estas se pongan de manifiesto de manera explícita para comprender cabalmente el problema.

Una de las posibles dificultades vendría dada por la previsión expresa de una “prohibición de discriminación por razón de nacionalidad” en el ámbito de la Unión Europea y restringida, en principio, a los ciudadanos y a los trabajadores de los Estados miembros [Cfr. Arts 18 y 45.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE y art. 21.2 de la CDFUE]. En realidad, este problema ha sido provocado por una confusión terminológica (y también retórica o simbólica). Está claro que esta “prohibición de discriminación” no coincide con el concepto de discriminación que hemos defendido al inicio de la ponencia, ni con el que se ha generalizado a partir de la II Guerra Mundial como una herramienta jurídica destinada a combatir determinadas desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales que lesionan la dignidad humana. No puede serlo, de hecho, porque el concepto europeo de “discriminación por nacionalidad” es restringido, mientras que la dignidad humana es universal por definición. Desde el actual paradigma universalista de los derechos humanos no es posible sostener, que los ciudadanos de Francia, Alemania o Polonia tengan un mayor o menor grado de dignidad que los de Chile, Estados Unidos o China. Esto implica que los motivos que sustentan esta prohibición son bien distintos a los que han motivado la aparición de la normativa antidiscriminatoria.

En efecto, inicialmente, la “prohibición de discriminación por razón de nacionalidad” en el ámbito de la Unión Europea se planteó inicialmente como una medida de carácter económico al servicio de la libre circulación de trabajadores en el contexto del mercado común (este es el sentido del actual art. 45.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Debe recordarse que el término “discriminación”, en términos generales, tenía históricamente un sentido fundamentalmente económico, con una cierta carga negativa solo cuando se aplicaba a las distorsiones sobre la libre competencia<sup>16</sup>. De hecho, en la versión actual del Tratado de Funcionamiento se mantiene el uso de la palabra “discriminación” para referirse a distinciones en el marco de las importaciones de bienes (arts 36 y 200.5).

Ciertamente, cuando la noción económica de “discriminación” se aplica a la consecución del objetivo de la libre circulación de los trabajadores, termina configurando un “derecho” de la persona que se integra en su estatuto jurídico y, que, al mismo tiempo, permite atender a determinados intereses particulares de sus titulares. Entre estos intereses se encuentra el de no ser discriminado por razón del origen nacional; esto es, puede haber

---

<sup>16</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. Y Fernández López, M<sup>a</sup> F., *Op. Cit.*, p. 86.

conductas que respondan a un patrón “discriminatorio” en sentido estricto (degradación del estatus socio-jurídico de determinados grupos sociales), pero que al mismo tiempo supongan una vulneración del principio de libre circulación de trabajadores y que, por tanto, puedan ser combatidos a través de los mecanismos dirigidos a la tutela de esta libertad comunitaria. Así sucedería, por ejemplo, con la exclusión del acceso al empleo de un trabajador rumano fundada en estereotipos atribuidos a las personas de este origen. No solo es discriminatoria, sino que también se opone a la libre circulación de trabajadores. Así pues, no solo sucede que se utiliza el mismo término (“discriminación”) para estas dos instituciones jurídicas, sino que, además, algunas de las situaciones que podrían ser amparadas por la prohibición de discriminación como derecho humano pueden verse también tuteladas a través la prohibición de discriminación restringida al ámbito de la Unión Europea, lo que termina alimentando la confusión terminológica que actualmente existe.

Por otra parte, las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros han advertido esta virtualidad de la “prohibición de discriminación por nacionalidad” para tutelar intereses de los individuos económica y, por ello, a partir del Tratado de Maastricht han terminado por reconocer un derecho genérico de libre circulación de personas en el seno de la Unión que se integra como el contenido fundamental del estatuto jurídico asociado a la “ciudadanía de la Unión”. En la actualidad, este derecho se reconoce en los art. 18 y 20 del TFUE y en el art. 21.2 de la CDFUE. Ciertamente, esta nueva facultad tiene ya una naturaleza política más que económica, pero aún así sigue sin responder a los parámetros de una prohibición de discriminación universal fundada en la dignidad de todas las personas, por más que en ocasiones puedan utilizarse sus mecanismos de tutela para defender la dignidad de los ciudadanos de la Unión cuando sean tratados de manera efectivamente discriminatoria.

En otro orden de cosas, hay que tomar en consideración que la noción de “prohibición de discriminación por razón de nacionalidad” también aparece en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>17</sup> y que en este caso sí se vincula a la dignidad humana. Esto puede explicarse debido a dos circunstancias.

En primer lugar, al contrario de lo que hemos defendido en esta ponencia, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) no ha entendido la prohibición de discriminación regulada en el art. 14 y el Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como una regla taxativa relativamente autónoma del principio de igualdad, sino que, por el contrario, ha identificado la discriminación con cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación razonable. En este contexto, no resulta problemático reconocer una prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, en tanto que este mandato puede hacerse compatible con los requerimientos estructurales para el establecimiento de diferencias de tratamiento entre nacionales y extranjeros. De hecho, este razonamiento se manifiesta de manera expresa en el párrafo 19 de la Memoria Explicativa del Protocolo 12 del Convenio); en realidad, el TEDH no admite distinciones injustificadas ni por motivos de nacionalidad ni por ningún otro motivo, de modo que la caracterización de la causa no parece particularmente relevante.

---

<sup>17</sup> Vid., entre otras, SSTEDH *Gaygusuz v. Austria*, de 16-9-1996; *Koua Poirrez v. Francia*, de 30-9-2003; *Luczak v. Polonia*, de 27-11-2007; *Andrejeva v. Letonia*, de 18-2-2009; *Zeibek v. Grecia*, de 9-7-2009; *Anatoliy Ponomarev y Vitaliy Ponomayrov v. Bulgaria*, de 21-6-2011; *British Gurkha Welfare Society y Otros v. Reino Unido*, de 15-9-2016.

En segundo lugar, esta confusión entre desigualdad y discriminación facilita que se produzca una segunda confusión entre “nacionalidad” y “origen nacional” siendo esta última una causa de discriminación reconocida expresamente en el CEDH y en otros instrumentos internacionales<sup>18</sup>. En efecto, estas categorías no son coincidentes, dado que es posible que una persona tenga nacionalidad española pero sea socialmente percibida como de otro origen nacional y también -aunque es menos común- puede suceder que socialmente se identifique a alguien como español cuando no lo sea en términos jurídicos. Sin embargo, es indudable que están íntimamente conectadas y es precisamente este vínculo el que ha motivado que exista una notable confusión terminológica en esta materia. Por ese motivo, es necesario profundizar en la relación entre estas dos nociones, con objeto de delimitar en qué medida los “extranjeros” pueden ser discriminados como tales.

## 5.2. Las relaciones entre origen nacional y nacionalidad

La principal conexión entre estas dos categorías es que la “nacionalidad” es el principal “rasgo distintivo” que se utiliza para construir las clasificaciones sociales relativas al “origen nacional”. Ciertamente, la adscripción a estas categorías puede derivar también de otros rasgos -morfológicos o culturales-, pero en la mayoría de los casos el dato jurídico de la nacionalidad opera como el criterio de distinción más importante.

Como hemos señalado, la nacionalidad es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado-nación determinado. Esta relación puramente jurídica es utilizada como referencia para atribuir al individuo una determinada “identidad nacional” que se conecta con un conjunto variable y elástico de estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas. Esta identidad nacional puede hacer referencia a la nacionalidad desde tres perspectivas diferentes: a) la nacionalidad actualmente ostentada por el sujeto al que se atribuye la categoría; b) la nacionalidad de origen de este sujeto, con independencia de que se haya adquirido después otra y c) la nacionalidad de los padres, de los abuelos o del cónyuge de la persona a la que se atribuye la categoría (adscripción “por asociación”).

No es extraño que las categorías jurídicas operen como rasgos distintivos para la adscripción a determinadas categorías sociales íntimamente relacionadas con estas. Así sucede, por ejemplo, con el “estado civil”, reconocido como causa de discriminación a efectos laborales en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET. Indudablemente, el estado civil es una

---

<sup>18</sup> A modo de ejemplo de esta confusión, la jurisprudencia del TEDH ha determinado que las razones que justifiquen las distinciones por motivos de nacionalidad (otras veces se dice “origen nacional”) tienen que ser especialmente “poderosas” [SSTEDH *Gaygusuz v. Austria*, de 16-9-1996 (Apdo. 42); *Koua Poirrez v. Francia*, de 30-9-2003 (Apdo. 46), *Andrejeva v. Letonia*, de 18-2-2009 (Apdo. 87)]; esto apunta a un “escrutinio más estricto” que podría derivar de una presunción impropia de irrazonabilidad de las distinciones derivadas del origen nacional (aunque se diga nacionalidad). En cambio, en la STEDH *Comisión v. Bélgica* de 7-8-1996 (Apdo. 38) se estima como causa suficiente para la diferencia de trato la configuración de la Unión Europea como un marco jurídico específico dotado de autonomía propia; este razonamiento, llevado hasta sus últimas consecuencias, podría permitir cualquier diferencia de trato entre “nacionales” y “extranjeros”, contradiciendo muchas otras sentencias del Tribunal. A nuestro juicio, estas contradicciones derivan del hecho de que en la argumentación del Tribunal no se han hecho explícitas las relaciones entre nacionalidad y origen nacional. Por otra parte, en el Apdo. 66 de la *British Gurkha Welfare Society y Otros v. Reino Unido* de 15-9-2016, se percibe directamente la confusión terminológica entre “nacionalidad” y “origen nacional”, que parecen considerarse una misma cosa.

categoría jurídica, concebida precisamente para desplegar determinadas consecuencias jurídicas. Sin embargo, estas consecuencias jurídicas de la categoría carecen de sentido en el contexto de las relaciones laborales. Cuando el empleador utiliza el “estado civil”, lo hace como “marcador” o “rasgo distintivo” de una categoría de carácter social, que implica algún tipo de estigmatización o valoración moral -vinculada también a aspectos ideológicos, religiosos o de género - (por ejemplo “divorciado” o “mujer casada”), o la atribución de una serie de estereotipos que no tienen una conexión necesaria con el dato puramente jurídico (“una persona que fracasa en su matrimonio fracasa también en sus empeños laborales”, “una mujer casada pone sus energías en la familia y se descentra de la vida profesional”). En estos casos no se está utilizando realmente una categoría jurídica, sino que esta es el “indicio” por el que se llega a la definición de un grupo social que potencialmente puede situarse en una posición de desigualdad sistemática.

Lo mismo sucede en lo que refiere a la “nacionalidad”. Cuando los particulares o los poderes públicos utilizan esta categoría al margen de su contenido jurídico real para configurar un grupo social al que se atribuyen estereotipos, prejuicios, roles y expectativas, en realidad se está llevando a cabo una discriminación directa relativa al origen nacional, que, desde luego, no admite justificación en ningún caso.

Esta circunstancia se aprecia con claridad, por ejemplo, en la sentencia *Feryn* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>19</sup>. En este caso, el empleador había manifestado su preferencia por no contratar “extranjeros” debido a que los clientes podían tener reticencias para facilitarles el acceso a su domicilio. Aparentemente y de manera superficial, la categoría “extranjeros” se refiere a la “nacionalidad”, sucediendo que la Directiva 2000/43/CE excluye expresamente la nacionalidad como causa de discriminación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ni siquiera se plantea esta exclusión como un problema, porque en este caso es evidente que la palabra “extranjero” no se refiere en realidad al contenido de ninguna categoría jurídica, sino directamente al origen nacional de los trabajadores y al conjunto de estereotipos que, tanto el empleador como los potenciales clientes pueden tener sobre las personas a las que se atribuyan determinados orígenes nacionales.

Este es el sentido que tiene la referencia expresa a la “nacionalidad” como causa de discriminación prohibida en el art. 23.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social (LOEX). De hecho, como es lógico la LOEX establece distinciones entre nacionales y extranjeros, en la medida en que se dedica precisamente a regular el acceso de estos últimos a los espacios de soberanía del Estado, estableciendo restricciones al acceso de los extranjeros al territorio español y al mercado de trabajo<sup>20</sup>. Sin embargo, no es posible que los particulares utilicen la referencia a la nacionalidad para imponer restricciones adicionales que no derivan del contenido jurídico de la categoría (por ejemplo, impedir el acceso al empleo de un extranjero que tiene autorización de trabajo); en tal caso nos encontraríamos ante discriminaciones directas por razón del origen nacional<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> STJUE, *Feryn*, de 10-7-2008 (Asunto C-54/07)

<sup>20</sup> Desarrollamos la idea de la regulación “razonable” de los Estados del acceso a sus espacios de soberanía -esbozando ya algunos de los argumentos que aquí se plantean sobre la discriminación por nacionalidad- en Álvarez del Cuervo, A., “Derechos constitucionales de los extranjeros en España: la necesidad de definir el marco teórico”, *Revista de Derecho Social*, nº 82, 2018, pp. 75-82.

<sup>21</sup> Así sucede con las campañas de distribución de determinados bienes de primera necesidad “solo a los españoles” llevadas a cabo por determinados colectivos de ultraderecha. Tales campañas serían ilícitas

Ahora bien, no solo los particulares o la Administración Pública pueden utilizar la nacionalidad como rasgo distintivo del origen nacional. También puede hacerlo el legislador cuando define el contenido jurídico de la nacionalidad, esto es, cuando establece diferencias de trato entre nacionales y extranjeros o entre distintas nacionalidades acudiendo a estereotipos y perjuicios asociados a los diversos orígenes nacionales, en lugar de atender exclusivamente a la consideración del vínculo jurídico entre los particulares y el Estado.

Desde luego, son legítimos los efectos puramente iusprivatistas que se refieren a la aplicación de la ley personal del sujeto en determinados supuestos; en este caso, se atiende exclusivamente a la conexión de una persona con un ordenamiento jurídico en particular para resolver un problema de derecho aplicable.

En segundo lugar, es *a priori* legítimo que los Estados limiten el acceso de los ciudadanos de nacionalidad extranjera a sus esferas de poder y responsabilidad (fundamentalmente, territorio y mercados); en este caso, los Estados no pueden excluir de estos espacios a quienes tienen un vínculo jurídico de nacionalidad con ellos, pero pueden controlar el acceso de otras personas como parte de sus políticas migratorias.

En tercer lugar, también en el contexto de estas políticas, el legislador podría establecer diversos grados de inserción en el territorio del país, que implicaran estatutos jurídicos diferenciados, por ejemplo, entre una estancia turística de corta duración y una residencia permanente. Asimismo, pueden limitar el acceso a los derechos de sufragio a los nacionales del país (art. 23 CE), siempre que sea posible adquirir la nacionalidad por residencia continuada. Por último, puede haber estatutos preferentes para determinados extranjeros que deriven de la aplicación de tratados internacionales (como los tratados constitutivos de la Unión Europea o los convenios bilaterales de Seguridad Social).

En todos estos casos, en principio, es el dato jurídico de la nacionalidad en sí mismo considerado el que justifica la diferencia de trato. Sin embargo, no resulta conciliable con la dignidad humana, por ejemplo, el establecimiento de un estatuto jurídico-laboral degradado para los inmigrantes que residan y trabajen legalmente en un Estado del que no son ciudadanos, que permita mayores tasas de explotación debido a la mera circunstancia de la extranjería, dado que esta condición no tiene conexión lógica con la protección laboral y de seguridad social. En este sentido ha de interpretarse la referencia -ciertamente, limitada- a la “discriminación por nacionalidad” que aparece en el art. 6.1 del Convenio 97 OIT relativo a los trabajadores migrantes.

En este sentido, el legislador incurrirá en discriminaciones directas por motivos del origen nacional cuando las diferencias entre nacionales y extranjeros no deriven de la necesidad de gestionar las migraciones, sino más bien del establecimiento de preferencias basadas en la voluntad de situar en una posición de privilegio a las personas que se perciben socialmente como integrantes de la población “ideal” que constituiría el sustrato “esencial” o “espiritual” de la “nación” concebida como comunidad imaginaria<sup>22</sup>.

---

porque trascienden los actos individuales de “caridad” o “solidaridad”, dado que se tratan de ofrecimientos genéricos de bienes al público, por lo que encajarían en el tipo del art. 23.2 b) LOEX.

<sup>22</sup> “[...] la Cour s’étonne que dans son arrêt, dans le cas de la requérante, le Conseil d’Etat associe l’octroi de cette protection accordée par la Constitution à « la nécessité de préserver et promouvoir la nation

También resultarían discriminatorias las diferencias de trato entre distintos grupos nacionales derivadas de la proyección de determinados estereotipos o prejuicios vinculados a los orígenes nacionales relacionados con estas nacionalidades. Así sucede cuando las políticas legislativas consideran que los ciudadanos de determinados países tienen más posibilidades de ser “terroristas” o “espías de potencias extranjeras”<sup>23</sup> o que, resultan “más difíciles de integrar” y por lo tanto son “menos deseables” como inmigrantes potenciales que los nacionales de otros países que tienen unos patrones culturales más cercanos<sup>24</sup>. Estas afirmaciones no derivan realmente del vínculo jurídico de los “extranjeros” con un Estado determinado, sino de una generalización basada en el origen nacional atribuido en base a ese vínculo jurídico. Una cosa es que las similitudes culturales entre unos y otros países puedan ser apreciadas en el contexto de una política cultural y otra es que se proyecten sobre los individuos para atribuirles un estatuto jurídico privilegiado o degradado por razón del origen nacional.

Ahora bien, incluso en los casos en los que las diferencias de trato por razón de nacionalidad se basan exclusivamente en el dato del vínculo jurídico entre los destinatarios de la norma y los Estados, podrían tener un impacto desfavorable sobre determinados colectivos caracterizados por su origen nacional. En este caso, deberá aplicarse el test de la discriminación indirecta, puesto que la aplicación de una categoría jurídica aparentemente neutra puede contribuir a las desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales. En este contexto, la diferencia de trato deberá contribuir razonablemente a un objetivo legítimo y los medios utilizados deben ser adecuados, proporcionados y necesarios.

El control de proporcionalidad implica que los efectos perjudiciales sufridos por los destinatarios de la diferencia de trato no deben extralimitarse con respecto a los beneficios alcanzados en lo que refiere a la consecución de los objetivos legítimos que justificaban esta diferencia. En estos casos, la valoración de proporcionalidad debe tener en cuenta tanto los aspectos individuales como los de carácter colectivo que se ven afectados por la restricción. Los aspectos individuales se refieren a los perjuicios que concretamente sufren las personas a las que se les aplica la diferencia de trato; en cambio, los aspectos colectivos se refieren al potencial segregador de la medida diferenciadora, esto es, al efecto real o hipotético que produce o puede producir respecto a las desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales.

## **6. Algunas consecuencias sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

De todo lo anterior se deduce que, al menos *a priori*, no es contrario a la prohibición de discriminación el hecho de que la legislación española limite el acceso de los “extranjeros” al mercado de trabajo ni que establezca determinadas categorías de

---

grecque», un critère fondé non pas sur la nationalité grecque mais sur l'origine nationale.”, STEDH, *Zeibek v. Grecia*, de 9-10-2009, Apdo. 50.

<sup>23</sup> Con estos parámetros, por ejemplo, en la II Guerra Mundial los ciudadanos de nacionalidad japonesa (y los descendientes de japoneses) fueron internados en campos de concentración en Estados Unidos y Canadá.

<sup>24</sup> “[...] tampoco es aceptable que, en base a la diferenciación de nacionalidad, nuestra Constitución ampare sin más las discriminaciones que puedan existir contra determinados grupos de extranjeros, no tanto por su carácter de extranjeros, sino por sus específicos caracteres étnicos o por su origen nacional”, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., y Fernández López, M<sup>a</sup>F., *Op. Cit.*, p. 189.



extranjeros a los que no se apliquen estas restricciones -o se apliquen en menor medida-, siempre que estas restricciones o privilegios se fundamenten en motivos exclusivamente jurídicos como la pertenencia a la Unión Europea o el establecimiento de convenios bilaterales con determinados países y que no tengan un impacto desproporcionado sobre determinados grupos sociales caracterizados por su origen nacional. En cambio, no es posible que esta limitación de acceso se base en estereotipos y perjuicios derivados de la percepción social que en un momento dado se tenga de distintos colectivos nacionales. Por otra parte, tampoco vulnera la prohibición de llevar a cabo discriminaciones directas, la opción del legislador español de prever un acceso “escalonado” al mercado de trabajo, de manera que los extranjeros atraviesan distintos niveles progresivos de integración en el mercado de trabajo (autorización inicial, renovaciones, autorización permanente).

Más allá de estas limitaciones de entrada, los extranjeros que estén autorizados para trabajar en España deben poder hacerlo en las mismas condiciones que los españoles. Así lo establece, en la actualidad, el legislador (art. 10.1 y 11 LOEX), como no podía ser menos. Todas las restricciones al acceso al empleo que lleven a cabo los particulares y los poderes públicos, pero que no vengan impuestas por la legislación migratoria, así como todas las diferencias de trato entre españoles y extranjeros lo que refiere a las retribuciones y condiciones del trabajo constituirán discriminaciones directas por razón del origen nacional. Por otra parte, incluso los trabajadores que no están autorizados para trabajar deben gozar de los mismos derechos laborales que los españoles (arts. 11 y 36.5 LOEX), salvo lógicamente en lo que refiere al acceso al empleo y, en su caso, a la estabilidad en el puesto de trabajo, en la medida en que el mantenimiento de la relación contractual implique la comisión de una infracción administrativa.

En lo que refiere a la aplicación de la normativa de Seguridad Social, la ley establece un principio general de equiparación entre los ciudadanos españoles y los trabajadores extranjeros que se encuentren legalmente en España (art. 10.1 y 14.1 LOEX y art. 7.1 y 7.2 LGSS). Esta equiparación es una consecuencia directa de la prohibición de discriminación, con independencia de que a través de acuerdos internacionales puedan establecerse regímenes más favorables (por ejemplo, en cuanto al cómputo de las cotizaciones o la posibilidad de percibir las prestaciones en el extranjero). La situación de los extranjeros en situación irregular es más compleja, en tanto que solo abarca a las prestaciones llamadas “básicas” “que puedan corresponderle”, excluyendo en todo caso al desempleo (arts. 14.3 y 36.5), pero no existe, al menos en apariencia, ninguna discriminación directa, puesto que esta diferencia de trato deriva de una situación jurídica y no de la proyección de estereotipos basados en el origen nacional.

La consideración de las posibles discriminaciones indirectas exigiría una investigación más detallada, con objeto de evaluar el eventual impacto desfavorable que podrían sufrir los ciudadanos extranjeros en cada contexto.

En este sentido, en el ámbito laboral, es oportuno indagar acerca de la posibilidad de que, tanto las restricciones iniciales para el acceso al empleo como la integración “escalonada” en el mercado de trabajo -que implica, por ejemplo, que la pérdida del puesto de trabajo condicione la regularidad de su situación en el país<sup>25</sup>- retroalimenten situaciones de precariedad vital que permitan o faciliten la explotación de los trabajadores extranjeros,

---

<sup>25</sup> Esta situación debe confrontarse con el art. 8 del Convenio 143 de la OIT que, en todo caso, no está ratificado por España.

impidiéndoles ejercer efectivamente sus derechos laborales e imponiéndoles condiciones de trabajo inferiores a las que disfrutaban los autóctonos. En este sentido, cabe plantearse si es posible postular un modelo alternativo en el que los controles migratorios se refieran exclusivamente a la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio del país -aunque para ello se tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo-, sin afectar directamente a los derechos laborales en sentido estricto.

Por otra parte, en el contexto de la Seguridad Social resulta de interés examinar cómo los requisitos de residencia, residencia legal o permanencia efectiva en el territorio del país durante una serie de años pueden tener un impacto desfavorable sobre los extranjeros y en qué medida este impacto está justificado por los objetivos que subyacen a la regulación de cada una de las prestaciones. Asimismo, la realidad creciente de las “familias transnacionales”, con sus miembros dispersos en el territorio de distintos Estados podría requerir un replanteamiento de algunos de los requisitos que se exigen en las prestaciones de carácter familiar<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Nos hemos ocupado de algunas de estas cuestiones en Álvarez del Cuvillo, A., “Protección social de la familia e integración de los migrantes”, en AAVV (Coord. Julio Gavidia Sánchez), *Inmigración, familia y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, *per totum*.